

**ESMAFE**  
**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

---

**LA COSA JUZGADA (NE BIS IN IDEM) Y LA  
DEFENSA DEL ACUSADO EN LA CORTE  
PENAL INTERNACIONAL**

**Margarida de Oliveira Cantarelli**  
*Desembargadora Federal – TRF 5ª*

Para comenzar me gustaría agradecer la oportunidad de participar en esta Jornada – LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, al mismo tiempo que me congratulo con sus organizadores por la elección de un tema tan actual como importante.

Ruego que me disculpen mi forma de hablar y que lo acepten como un esfuerzo especial de alguien que intenta usar este idioma tan bello, que dio forma a la inspiración y a las obras de tantos genios de la literatura mundial.

La creación de la Corte Penal Internacional siempre fue un deseo de los que se dedican al Derecho Internacional Penal, a los Derechos Humanos y a los Derechos Humanitarios. La proximidad de su instalación exige, ahora, que nos dirijamos a los diversos aspectos de su futuro funcionamiento, a partir del Tratado de Roma de 1998 y otras reglas establecidas. Todos los sectores de profesionales del Derecho – profesores, magistrados, fiscales, abogados, entre otros, deberán estudiarlo bajo los ángulos de sus especialidades y experiencia. Creo que a los abogados, les debe interesar de una forma especial el *derecho de defensa* que ejercerán ante la Corte como representantes de su(s) cliente(s), casi siempre el(los) acusado(s). A pesar de que también puedan serlo de la(s) víctima(s) o de sus familiares.

Sin embargo, dentro del espíritu que entiendo que sea el de esta Jornada, intentaré abordar un aspecto que me parece que será relevante para la **misión de defender**, situado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Me detendré en lo establecido en su art. 20 (veinte) que cuida de: *ne bis in idem* y que el texto en español optó por la expresión *Cosa juzgada*.

El *ne bis in idem* , como todos sabemos, integra un elenco de principios del Derecho, destacado en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal (aunque también está presente en otras ramas del Derecho, como en el Derecho Civil, en el Derecho Procesal Civil, en el Derecho Tributario, etc.) y reconocido, de cierta forma, en el ámbito del Derecho Constitucional cuando se asegura el respeto por la *cosa juzgada*.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre<sup>1</sup> reconoce que: “conectado directa o indirectamente a los principios de la legalidad y de la tipicidad, se encuentra el principio de *ne bis in idem* que obsta por la aplicación de más de una pena a un mismo hecho o la aplicación de un agravante ya considerado en el tipo básico. Lo que el principio ‘proscribe es la duplicidad de sanciones para una misma *persona*, o por un mismo *hecho* o sanciones que tengan un mismo *fundamento*’, o dicho de otra forma, que tutelen un mismo bien jurídico”.

Alberto Suarez Sanchez, en su obra “*El Debido Proceso Penal*”, en el capítulo sobre “*Seguridad Jurídica*”<sup>2</sup>, trata en el ítem 3 de la *Prohibición del non bis in idem* , diciendo: “se evita que la experiencia jurídica se convierta en una sucesión continua e interminable de procesos y fallos sobre el mismo asunto. Frente a la seguridad jurídica se garantiza que el procesado no sea sometido a las incomodidades de procesos continuos sobre el mismo asunto y a que tenga la certeza de que el Estado no volverá a hostigar por lo ya juzgado”.

La Convención de Derechos Políticos y Civiles, de las Naciones Unidas de 1966, en su largo y detallado, art. 14, que trata de los derechos de las personas ante los Tribunales, en su último párrafo (7º), dice:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

En el mismo sentido el art. 4º, I, del Protocolo nº 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre ampliación de derechos civiles y políticos:

---

<sup>1</sup> Ignácio Berdugo Gómez de la Torre, Luiz Arroyo Zapapero, “Manual de Derecho Penal”, Barcelona, Ed. Praxis, 1994, vol I, p.54 - in “Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, vol.I, tomo I, Parte Geral, p.33.

<sup>2</sup> Sánchez, Alberto Suárez – El Debido Proceso Penal – Universidad Externada de Colombia, p. 182.

“Nadie podrá ser juzgado o castigado nuevamente en un procedimiento criminal bajo la jurisdicción de un mismo Estado por delito por el cual él ya ha sido absuelto o condenado de acuerdo a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”.

Este tema se puede apreciar en tres niveles:

- 1) En el ámbito interno de los Estados nacionales;
- 2) Entre Estados nacionales; y
- 3) Entre Cortes Internacionales y Estados nacionales.

**La primera posibilidad - dentro de un mismo Estado:** ésta es, seguramente, la más simple. En la mayor parte de las legislaciones, existe una norma que prohíbe la repetición de proceso: un juicio definitivo impide el propósito de otra acción idéntica, es decir, que tenga, las *mismas partes*, la *misma causa de pedir* y el *mismo pedido*. Es el reconocimiento del principio *bis de eadem re ne sit actio* (no puede haber dos acciones sobre el mismo hecho) o en la forma más conocida - *ne bis in idem*. Esta regla se observa, como ya he mencionado, no sólo en el Proceso Penal, sin embargo, éste será el que nos va a interesar.

Cuando el *ne bis in idem* no aparece directamente expresado en el ordenamiento jurídico, subsiste bajo el manto de las garantías (bajo la forma de excepciones), a través del reconocimiento de la litispendencia o, sobre todo, de la cosa juzgada. Para caracterizarlos existen mecanismos procesales, como la *exceptio litispendentiae* (en el Derecho brasileño, por ejemplo, previsto en el art.95, I y 110 del Código de Proceso Penal) y la *exceptio rei judicatae*. (art. 95, V, 110 del Código de Proceso Penal). La cosa juzgada, incluso, está protegida en la Constitución Federal (art. 5o, XXXVI).

**La segunda situación** – está relacionada con el reconocimiento del principio **entre Estados nacionales**: el problema aquí se coloca además en el ámbito del Derecho Internacional, en el sentido en el que se debe cuestionar si después de una condena por un Estado, otro podrá en su turno procesar a la misma persona por el mismo hecho. La respuesta es menos evidente. Algunos alegan que es posible considerando que la jurisdicción es una de las manifestaciones de la soberanía (interna) de un Estado, como de hecho lo es. Al ejercerla, de acuerdo con las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio, estará a penas practicando un acto para el cual tiene atribuciones inherentes a su condición de Estado soberano. Nada más.

Así, cuando ocurre la concurrencia de jurisdicción entre Estados nacionales soberanos, cada uno actuando dentro de los límites de su propio ordenamiento jurídico, podrá dar lugar a la duplicidad de procesos. Los que así lo ven, interpretan que lo dispuesto del art. 14.7 de la Convención de Derechos Civiles de la ONU o el art. 4.1, del Protocolo n.7 a la Convención Europea están relacionados, exclusivamente, con situaciones internas, dentro de un mismo Estado y no entre Estados.

Permitan que una vez más ejemplifique con el derecho penal brasileño. Cuando trata la extraterritorialidad, el art. 7º de nuestro Código Penal dice que quedan sujetos a la ley brasileña, aunque sean cometidos en el extranjero: “I - los crímenes: a) contra la vida o la libertad del Presidente de la República; b) contra el patrimonio o la fe pública de la Unión, Estados, etc.; c) contra la administración pública, o por quien está a su servicio; d) genocidio, cuando el agente sea brasileño o con domicilio en Brasil”. En estos casos, según el primer párrafo del mismo artículo, el agente es punido según la ley brasileña, aunque sea absuelto o condenado en el extranjero. A penas existe la cláusula del art. 8º, de que la pena cumplida en el extranjero atenúa la pena impuesta en Brasil por el mismo crimen, cuando sea diversa, o sea computada en ella, cuando sean idénticas.

Hoy ya se forman concepciones más flexibles, que se oponen a un segundo proceso llevadas por razones más de equidad que de rigidez de la soberanía. Existen legislaciones nacionales que empiezan a adoptar tales posturas. Como ejemplo, el art. 692 del Código del Proceso Penal de Francia (Título X - Infracciones cometidas fuera del territorio de la República, Capítulo II – art. 692 : “Dans les cas prévus au chapitre précédent, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu’elle a été jugée définitivement à l’étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite”.

Algunos textos internacionales – europeos – son más avanzados con relación a la autoridad externa de la cosa juzgada, lo que lleva al reconocimiento del *ne bis in idem* también en las relaciones entre Estados. Como ejemplos, la Convención Europea sobre el valor internacional de los juicios represivos, de La Haya, 28 de Mayo de 1970, en los artículos 53 y siguientes y en los artículos 35 a 37 de la Convención Europea sobre la transmisión de los procesos represivos, de 1972. Además, la más importante es la Convención de Bruselas del 25 de Mayo de 1987 que consagra por entero el principio del *ne bis in idem* y que está adoptada, palabra por palabra, por la Convención de Schengen, de 1990 (artículos 54 a 58).

En cuanto a Schengen, se debe destacar que el artículo 55 de la Convención permite a los EEUU hacer una declaración según la cual ellos no están obligados a las disposiciones del artículo 54. Son tres las hipótesis que pueden desobligar un Estado del *ne bis in idem*: 1) cuando el hecho criminal ha ocurrido en el territorio del Estado contratante (artículo 55 – 1, “a”); 2) cuando hirieron la seguridad o intereses esenciales del Estado Contratante (artículo 55 – 1, “b”) 0, 3) cuando cometidos por funcionarios del Estado contratante en violación a las obligaciones de sus funciones (artículo 55 – 1, “c”). Con todo, esas excepciones deben ser definidas hasta el momento de la aprobación de la Convención y, por las disposiciones del artículo 56, las nuevas penas que eventualmente se apliquen no serán cumulativas, pero sí computadas.

Llamo la atención de que aunque sea grave la constatación de posibilidad de duplicidad de juicios de una persona por el mismo hecho en dos Estados diferentes, con todo en estos casos se estará apreciando – tan sólo – una concurrencia de jurisdicción consecuente de la aplicación de la ley penal en el espacio y no la calidad del juicio o de la manifestación del Estado-Juez.

**La tercera posibilidad** hace referencia a la **relación de las Cortes Internacionales**, de entre las cuales la **Corte Penal Internacional**, y los **Estados nacionales**: son pocas y recientes las experiencias de Tribunales o Cortes Penales Internacionales, como todos saben, datan de la segunda mitad del siglo XX: los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, instalados tras la Segunda Guerra Mundial y los recientes Tribunales “ad hoc”, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de la ex-Yugoslavia y en Ruanda.

Como bien afirmó Claude Lombois, cuando se refería a la noción de crímenes internacionales, es que sólo recientemente el Derecho Internacional admitió dos postulados: que un Estado puede ser sometido a las normas del Derecho en las relaciones internacionales y que se le pueden imputar a un individuo las infracciones de un Estado. Concluyó su pensamiento, diciendo:

*“C’est pourquoi, malgré l’apparence, la notion n’a pás d’histoire”<sup>3</sup>.*

Los artículos 10 y 11 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg tratan sobre la posibilidad de que una persona juzgada por tal Tribunal ven-

---

<sup>3</sup> Lombois, Claude, *Droit Penal International*. Paris: Dalloz, 1979, p.40

ga a ser también procesada por las Cortes Nacionales. Los casos previstos estaban relacionados con la posibilidad de que el Tribunal pudiese considerar a diversas Organizaciones como criminales y el veredicto reflejarse sobre todos sus miembros que, por tal circunstancia, habrían cometido el “crimen de filiación” (*d'appartenance*).<sup>4</sup>

El Tribunal “ad hoc” para la ex-Yugoslavia, en el art. 9º, trata sobre la Jurisdicción concurrente entre él mismo y los Tribunales Nacionales, incluso asegurando su prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. Dice textualmente el art.9º, 2:

“El Tribunal Internacional tiene prioridad sobre las jurisdicciones nacionales. En cualquier estadio del procedimiento, puede solicitar oficialmente a las jurisdicciones nacionales que se desprendan de un procedimiento en su favor de acuerdo con el presente Estatuto y con su reglamento”.

Específicamente en lo referente al *non bis in idem*, el art. 10 establece:

1. “Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional.
2. Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si:
  - a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común;

---

<sup>4</sup> Tribunal de Nuremberg: art. 10 En los casos en que el Tribunal haya proclamado el carácter criminal de un grupo o de una organización, las autoridades competentes de cada Signatario tendrán el derecho de llevar a cualquier individuo ante los Tribunales nacionales, militares o de ocupación, en razón de su filiación a ese grupo u organización. En esa posibilidad, el carácter criminal del grupo o de la organización será considerado como establecido y no podrá ser contestado más.

Art.11 Cualquier persona condenada por el Tribunal Internacional podrá ser acusada por otro crimen que no el de filiación a una organización o grupo criminal, ante un Tribunal nacional, militar o de ocupación, mencionada anteriormente en el artículo 10, y el Tribunal competente podrá, después de reconocida la culpabilidad, infligirle una pena suplementar independiente de la impuesta por el Tribunal Internacional, por haber participado en actividades criminales de ese o de aquel grupo u organizació

- b) *La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional; o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente.*
- 3. *Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho, y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional”.*

El Tribunal “*ad hoc*” para Ruanda, creado posteriormente al Tribunal para la ex-Yugoslavia, mantuvo, prácticamente, el mismo contenido del antecesor en los artículos 8º y 9º, no siendo conveniente repetirlo.

El art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional que tiene como título *Cosa Juzgada*, en el texto en español, y *ne bis in idem* en otros idiomas, tiene un contenido semejante al de los Tribunales “*ad hoc*” que lo antecedieron. Dice:

- “1. *Salvo que en el presente Estatuto, se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.*
- 2. *Nadie será procesado por otro Tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.*
- 3. *La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:*
  - a) *Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o*
  - b) *No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere in-*

*compatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*<sup>5</sup>.

El principio del respeto a la cosa juzgada o de impedir el *bis in idem* está presente en los párrafos 1 y 2 del artículo 20 – nadie podrá por un mismo hecho, ser procesado dos veces por la Corte; ni por otro Tribunal cuando ya lo haya sido anteriormente por la Corte. El párrafo tercero, aunque inicie con una regla general dentro del mismo contenido de las dos anteriores (nadie será procesado por la Corte cuando lo haya sido anteriormente por Tribunales nacionales), aunque además presenta las excepciones en las líneas “a” y “b”: 1) si el proceso fuese conducido de una forma que aleje al acusado de la responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte (o como dice el art. 10 del Tribunal de Yugoslavia – fue juzgado como crimen común); o 2) si no se procesó de forma independiente o imparcial, sino con el propósito de no someter verdaderamente al individuo a la justicia.

Son varias las observaciones que pueden ser realizadas desde el punto de vista de la defensa del acusado: la primera y más grave es que las excepciones del párrafo tercero del art. 20 parten del presupuesto de que el acusado es verdaderamente culpable; tanto que no contemplan la posibilidad inversa, de un inocente, por persecución política, por ejemplo, haber sido procesado de manera parcial ante una Corte nacional. Allí no se abre la posibilidad de que la Corte Internacional reexamine el caso (inclusive a pedido del condenado) con la finalidad de averiguar la verdad. Sin embargo, en todo Estatuto de la Corte se diga que su jurisdicción se rige por el principio de la complementariedad, indubitadamente las excepciones se presentan como un *doble grado de jurisdicción* apenas admitido para la acusación, nunca para la defensa. Eso puede dar lugar a la consideración errónea de que la Corte existe tan sólo para condenar y no para hacer justicia.

La segunda observación está relacionada con la imprecisión de las expresiones usadas, especialmente por la carga subjetiva que contiene, como: “propósito de restar”, “instruido de forma no independiente o imparcial”; “circunstancias incompatibles con la intención”, entre otras. Elementos que contengan expresiones imprecisas dificultan el trabajo de la defensa por el espacio que le dejan al juzgador para apreciarlas.

---

<sup>5</sup> Corregido por UM Doc. C.N. 1075,1999. Treaties-28 (30 nov.1999).



Sin embargo, para que la excepcionalidad sea reconocida, se tiene que correlacionar a las cuestiones de admisibilidad del caso, y éstas están establecidas en el art. 17 del Estatuto. Allí, a parte de las ya mencionadas y constantes en el tercer párrafo, “a” y “b”, del art. 20 aparecen otras posibilidades de incidencia de la jurisdicción de la Corte, igualmente utilizando expresiones un tanto imprecisas.

Así, dice el art. 17, 1 , “a” que será inadmisibile un caso que esté siendo objeto de investigación o proceso en Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo:

*“salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.*

Con el mismo sentido de la línea “b” siguiente que considera inadmisibile un caso que haya sido objeto de investigación por un Estado competente y éste se haya decidido por no promover la acción penal:

*“Salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.*

Para determinar si existe o no disposición de actuación en un determinado caso, reza el párrafo según el mismo art. 17, que el Tribunal examinará el proceso en sí mismo, *“teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional”* y la constatación de una o varias de las siguientes condiciones:

- “a) [...] que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte;*
- b) que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trata ante la justicia;*
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial [...]*

Además, el examen de la admisibilidad va mucho más lejos de las condiciones del proceso y en el tercer párrafo analiza las del propio Estado:

*“A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.*

Son muy expresivas las diferencias entre las dos primeras posibilidades aquí analizadas referentes al reconocimiento del principio del *bis in idem* dentro de un Estado nacional y entre diferentes Estados nacionales para esta tercera, o sea, referente a la relación de las Cortes Internacionales con los Estados nacionales.

A uno, porque en las dos primeras se discute la aplicación de la ley penal en el espacio (tanto en el ámbito nacional como en el de la extraterritorialidad), se cuida en apreciar la *competencia* y los remedios son casi siempre *procesales* (como en las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada). En esta tercera posibilidad, a parte del aspecto procesal también se analiza el *mérito de la causa*, pues sólo es posible, por ejemplo, saber si alguien ha sido sustraído de la justicia internacional y juzgado por un crimen común cuando debería ser por un delito internacional, apreciando los hechos imputados al acusado, el valor de las investigaciones, las pruebas recogidas y correlacionando todo eso con la justeza del juzgado. Va más allá de procesal y es una cuestión de examen de mérito.

Para el acusado significa un juicio más, siendo que, en esa fase, sólo le cabe presentar impugnación a la jurisdicción de la Corte una única vez, en los términos del artículo 19, 2, “a” y artículo 19, 4 del Estatuto. Deberá formularse antes del juicio o al iniciárselo. Sólo en circunstancias excepcionales la Corte autorizará que se requiera la impugnación más de una vez o en fase ulterior del proceso. Pero, la impugnación efectuada por el acusado no suspende las investigaciones del Fiscal.

A dos y por fin, en cuanto que las dos primeras posibilidades examinan exclusivamente el caso y la incidencia o no de una norma jurídica, en ésta última posibilidad se puede apreciar también la actuación del propio Estado. Al lado del acusado también está sentado en el banco de los reos el Estado nacional, soberano en el ejercicio de su jurisdicción – es el propio *Estado-Juez* siendo juzgado. Es el Poder Judicial, por la actuación de sus magistrados, que está puesto en duda.

Así como los acusados, el Estado sólo puede ofrecer impugnación a la jurisdicción de la Corte, con el permisivo del artículo 19, 2, “b”, “c”, 4 e 5 del Estatuto, siendo que en estas hipótesis el Fiscal deberá suspender las investigaciones hasta que la Corte decida el incidente (artículo 19, 7). Pero, podrá solicitar el proseguimiento de las mismas con base en el artículo 19, 8.

Si comparados con los poderes del Fiscal, la defensa – tanto del acusado como la del Estado, se encuentra en desventaja y con espacio limitado para su actuación.

Es una gran verdad que la razón de la posibilidad de re-examen de los casos procesados ante tribunales nacionales encaja con la ansiedad de la sociedad internacional de no dejar impunes a los autores de los graves delitos practicados contra los derechos humanos y los derechos humanitarios. Indiscutible la motivación, aunque, no puede perder de vista, al mismo tiempo, la preservación de ciertos mecanismos de equilibrio jurídico entre la acusación y la defensa, como condición para la justa aplicación del Derecho.

Estoy segura de que, incluso con las imprecisiones que se puedan destacar a las reglas que regirán al Tribunal Penal Internacional, urge que sea instalado y su funcionamiento ciertamente permitirá los ajustes y las correcciones vía su propia jurisprudencia.

La instalación del Tribunal Penal Internacional simboliza la consolidación de los valores fundamentales y expectativas compartida por todos los pueblos del mundo para que prevalezca la equidad sobre la iniquidad, el Derecho sobre la fuerza. Éste será un noble camino para la Paz.

### **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Profesor de Derecho Internacional /Derechos Humanos y Derecho Internacional  
Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil)  
Doctor en Derecho  
Juez en el Tribunal Federal de la 5ª Región (Brasil).